COMMENTARY

on the

SUCCESSION LAW AMENDMENT ACT

and the

SURVIVORSHIP ACT

Law Reform Branch
Office of the Attorney General
Province of New Brunswick

June 1990

COMMENTARY

on the

SUCCESSION LAW AMENDMENT ACT

and the

SURVIVORSHIP ACT

This commentary should be read with the Succession Law Amendment Act and the Survivorship Act. It explains the thinking behind the major provisions of the Bills. It also asks questions about them, and raises some further issues which are not dealt with in the Bills.

SUCCESSION LAW AMENDMENT ACT

Devolution of Estates Act

S. 1(1) This subsection changes the statutory entitlement of a surviving spouse in cases of intestacy. The amendment replaces the existing entitlement to the "personal chattels" of the deceased with an entitlement to the deceased's interest in any "marital property" of the couple. The net result will be that the survivor, on intestacy, will end up owning all of the marital property, since whatever part of it the survivor already owns will be supplemented under the Act by whatever part of it the deceased owned.

The amendment aims to bring the Marital Property Act and the Devolution of Estates Act more into line. At present, the Marital Property Act entitles the surviving spouse to claim, by application to the court, an equal division of the marital property, and that share is to include the marital home. The Devolution of Estates Act gives the spouse a right of inheritance (rather than one that requires an application to the court), and the right is to full ownership of (rather than an equal division of) the "personal chattels". The term "personal chattels" is similar in concept to "marital property," but excludes real property, and thus excludes the marital home.

There seems to be no reason why these two separate entitlements, so similar yet so different, should co-exist. Both express the idea that the surviving partner has a special interest in the ordinary property of the couple's everyday life. The proposed amendment carries this idea through by using the same concepts to define the entitlements in each Act. It also ensures that the entitlement of the surviving spouse on intestacy under the Devolution of Estates Act includes everything that he or she would normally get on an application under the Marital Property Act. In some respects this change, bringing the entire "marital property" into the

surviving spouse's entitlement on intestacy, is as much one of procedure as it is of substance. Under the law as it now stands, it seems that the surviving spouse can, in effect, combine the two statutory entitlements, first applying under the Marital Property Act for the marital home, and then claiming to be the only person entitled to the "personal chattels" under the Devolution of Estates Act. We are told that surviving spouses do now sometimes make applications under the Marital Property Act for the sole purpose of establishing the entitlement to the marital home. The amendment will make such applications unnecessary.

The effect of the proposed amendment is that in cases in which the entire estate of the deceased consists of marital property, it will all go to the surviving spouse, and none of it to any descendants of the deceased. This reflects the idea that, as between the spouse and the descendants (these being the only competing interests that the Devolution of Estates Act recognizes where there is a surviving spouse), the spouse's claim to the marital property is the stronger. The Devolution of Estates Act expresses a similar idea. Under that Act it is already the case that everything will go to the surviving spouse if the estate is composed entirely of "personal chattels". There is, one should note, a body of opinion which says that, on the death of a married person, the entire estate should go to the surviving spouse, and that this would do no

more than confirm the existing practice of the vast majority of married couples, who, when they make wills, leave everything to the survivor of them. The present amendment does not go that far. It does not suggest that the entire estate should vest in the survivor, but only that "marital property" should. Where the estate includes other things beyond marital property, the amendment would preserve the existing rule that the surplus be divided between the spouse and the children. A minor adjustment that might be appropriate here would be to say that the surplus should now be divided equally between the spouse and the children. This would remove the spouse's existing guarantee of receiving at least one third of the surplus, but would reflect the fact that the entitlement to the marital property is probably more beneficial than a right to the personal chattels, as they are now defined.

In the context of the Bill's general aim of improving the fit between the Devolution of Estates Act and the Marital Property Act, it is worth mentioning an alternative approach that, provisionally, we are not recommending. This is that the surviving spouse's special claim should relate to the "family assets" rather than to the "marital property." The "family assets" are part, but not the whole, of the "marital property" and are closer than it is to the "personal chattels" plus the

"marital home." To focus on the "family assets", however, would lose the advantage of simplicity. Under the present proposal, Marital Property Act applications in cases of intestacy should become virtually unnecessary, since the Devolution of Estates Act would already offer everything that a Marital Property Act application does. Simplicity, of course, might not be a major factor if there were some strong reason for strengthening the position of the descendants, as against that of the spouse, in relation to the part of the "marital property" that does not consist of "family assets." It is not obvious, however, that any such strong reason exists.

Another suggestion that has been put to us in relation to intestate succession is that the surviving spouse should have, in all cases, a claim to the first $x,000 of the estate. Such a provision is found in the intestate succession legislation of several other jurisdictions. In those jurisdictions, however, it is the money figure itself which gives the surviving spouse his or her claim to priority over the other family members. New Brunswick's law was similar until the provisions relating to the "personal chattels" were introduced. These replaced the right to a prior money claim with a right to a prior claim to specific assets. Our belief is that this was a sensible course to take. The proposed amendment follows the same direction, and does not give a prior

money claim. The amendment produces the result, of course, that if the estate of the deceased contains no marital property, all of it being already owned by the survivor, the survivor will not have any preferred share, but will only share with the other family members. Again, this is already true of the existing law--if the surviving spouse is already the owner of the "personal chattels" the survivor's claim on intestacy is only to a share of the residue--and again, this appears reasonable. If the surviving spouse already owns all the "marital property", which will presumably include all the requisites of everyday life, there seems to be no reason for giving him or her a special claim to anything else.

S. 1(2) This subsection does two things. First, it removes the rule that a person who is living in adultery when his or her spouse dies intestate takes no share in the estate. Second, it describes a possible new rule under which the separation of a married couple might, in certain circumstances, extinguish the right to intestate succession.

The first part of this seems relatively straightforward. This bar on intestate succession was always peculiar in its operation, since a person who had lived in adultery for many years before his or her spouse died intestate, but who happened not to be living in adultery at the time of the death, was not barred from succession. As social values have changed, moreover, it has come to seem more

questionable that living in adultery should be sufficient ground for an automatic and complete exclusion of the spouse from any share on intestacy. The policy of legislation such as the Divorce Act and the Marital Property Act is in favour of reconciliation, this recognizing the fact that marital transgressions are sometimes forgiven and are rarely, in their nature, unforgiveable. Against this background, a rule of law that automatically disinherits a separated spouse who lives in adultery seems hard to justify. The basis for such a rule should be that it so obviously reflects what most people would think right that it is fair for the law to impose it. That, however, is not demonstrably the case. For some people, infidelity may be absolutely unacceptable, for others it may not, but the law, we suggest, should not impose the idea that it is unacceptable. The result of the amendment proposed would be that those who wished to disinherit for adultery should do so by will.

The second aspect of the amendment is the replacement of disentitlement on grounds of adultery with disentitlement on grounds of separation. The idea behind the proposal is that there comes a time when a separation is so final that it is a divorce in all but name, and that the law should recognize this by removing the nominal spouse's inheritance rights. The provisions of the proposed paragraphs 37(a), (b) and (c) are designed to provide a test of when the law should consider a breakdown of a marriage to be so complete as to justify

overriding the spouse's claims. The proposal listed is one that the Law Reform Branch has circulated for comment previously.

In the light of comments received, however, do not now feel that the amendment should proceed. We now prefer the view that only divorce should destroy a spouse's right to intestate succession. This is a reversal of the position from which our work on this provision began. It therefore requires some explanation.

In working towards the amendment proposed in the legislation, the starting-point was the idea that it was senseless that people who had separated so absolutely that the existence of a marriage was a mere legal technicality should still inherit from each other. This still seems a strong point, but a countervailing one seems stronger. This is that the only result of disinheriting the spouse by statute is to transfer to other beneficiaries the share that would have been the spouse's. In the normal case, in other words, if the spouse is excluded, the children benefit. If the spouse is excluded and there are no children, the parents, grandparents, brothers and sisters, and uncles and aunts of the deceased all enter the lists of possible beneficiaries.

An exclusion of the spouse in favour of whoever then turns out to be the next-of-kin seems unsatisfactory. Relationships between the deceased and the children or more distant relatives may easily have been every bit as strained as those between th deceased and the spouse. There is no obvious reason why the spouse's claim alone should be eliminated. We are therefore now of the view that the spouse should not be disinherited by statute, so long as a legal marriage exists. It should be noted, moreover, that the proposed revision under subsection 1(1) of these amendments to the entitlement of the surviving spouse on intestacy itself contains a self-correcting mechanism which may prevent the long-separated spouse from inheriting the bulk of the deceased's estate. If the spouse's entitlement is to be to the "marital property" and a share of the residue, a long separation should see the "marital property" part of the equation becoming less valuable, with residue becoming more valuable. Over time, therefore, the share of the surviving spouse will come more and more to resemble that of the children. This seems a reasonable recognition of the principle that a long separation should affect what a survivor can reasonably expect to inherit from an estranged spouse. To cut the spouse out entirely, however, would give too much force to that principle.

Marital Property Act

2(1)(a) and (b) These amendments make some adjustments to the entitlement of a surviving spouse on a Marital Property Act application. They include an attempt to deal with a difficulty which is said to arise out of the wording of the existing s. 4(1) of the Act. The difficulty is that the subsection gives the surviving spouse an entitlement--half of the marital property, that half to include the marital home--which may be self-contradictory. Where the marital home is more than half of the marital property, as may often be the case, how is the court to satisfy both branches of the entitlement?

The answer suggested by this amendment starts with the principle so far expressed in the case-law: that the right to the marital home prevails. The amendment then goes one stage further, and suggests that the right of the surviving spouse should be not merely to the marital home, but also to such other property as is necessary for the use and enjoyment of the marital home. The aim here is to ensure that the surviving spouse does not receive an empty house, which could theoretically occur otherwise if the house were half, or more than half, of the marital property. This expansion of the surviving spouse's share so that it includes other property that is necessary for the use and enjoyment of the marital home also deals with possible cases in which the marital home might be close to, but less than, half of the value of the marital property. In such cases a strict equal division of the

marital property might still, in theory, leave the surviving spouse with an empty house and a few odds and ends. The amendment will ensure that the marital home is fitted out for reasonable accommodation.

One other small change in the amendments is that, under them, if the spouse wishes to invoke the right to the marital home and ancillary property, he/she must do so expressly. At present s. 4(1) obliges the court to order that the marital home vest in the applicant. The amendment adds some flexibility, so that an applicant who wants an equal division of the marital property, but has no special desire for the marital home, may choose the equal division and leave the marital home to others.

In relation to the proposed amendments, our main interest is to see whether they are really called for. As to preferring the right to the marital home over that to an equal division, where the two are in conflict, there is already case-law supporting this under the existing s. 4(1). As to the entitlement to the other property that is reasonably necessary for the use and enjoyment of the marital home, this can already be accomplished within the wording of the existing subsection, given the various ways in which, under it, a court may order an unequal division of the marital property. On the other hand, certainty on the face of the statute may be better than case-law and a reliance on judicial discretion.

2(1)(c) This amendment extends the time limit for application following the death of a married person to four months from the date of the death. S. 3(10) of the Bill makes a comparable amendment to the Testators Family Maintenance Act. In the case of the latter Act, the time limit is being decreased. In the case of the Marital Property Act, it is being increased. Our belief is that the existing 60-day time limit under the Marital Property Act is too short. Using a single time period for both Acts has advantages, and four months--still a fairly short period--is suggested on the basis that applications of the kind permitted under these Acts should not be allowed to wait around too long. The court's discretion to extend the period for good reason will be retained, but with a longer time allowed initially for the application there should less frequently be reason for the court to exercise its discretion.

2(1)(d) This follows from the proposal above for an extension of the time allowed for application under the Act. Extending the time period increases the risk that the estate of the deceased may have been partially distributed before the application is made. The proposed amendment provides a means of recovering property that has already been distributed to a beneficiary.

2(1)(e) The amendment proposed here deals with an area of uncertainty which has existed for a number of years in relation to Marital Property Act applications by a surviving spouse. The problem relates to the treatment of the property that remains in the testator's estate after the application has been concluded. The question is whether the will should be applied mechanically to what is now left in the estate, or whether, in interpreting and applying the will, regard is to be had to the fact that the surviving spouse has already been awarded property out of the estate under the Marital Property Act. Simplified examples of the kinds of issues that arise are these. If a will distributes a testator's property (which is the entire marital property of the family) "half to my wife, half to my daughter," and the wife applies under the Marital Property Act, can the wife first get an equal division of the property under the Act and then receive half of the remainder under the will, making three-quarters in all? Alternatively, if the will leaves "my $100,000 marital home to my son, my $100,000 business to my husband," can the husband first claim the marital home under the Act and then claim the business under the will, leaving nothing for the son?

It is hard to see that there can be any absolute rule for dealing with cases such as this. Individual cases may have very different fact situations, and few will be straight forward. One thing that is plainly wrong, however, is that a will which is drafted by a testator to apply to the whole of

his or her estate as it exists when he/she dies (the "pre-division" estate) should be automatically applied to the estate left after a marital property application (the "post-division" estate) as though the will had been drawn up with the latter in mind as the property to which it would relate.

The starting-point of the amendment in s. 2(1)(e), therefore, is that there must be some way of ensuring that the testator's will is not automatically applied to the "post-division" estate without consideration of whether this was the property it was intended to apply to. If the will should, on the facts of the case, be so applied, so be it, but the Act should also allow for other possibilities. What the amendment does, therefore, is create a judicial discretion to make orders as to the distribution of the "post-division" estate. The key to the use of this discretion are the "express wishes" of the testator. The task of the court is to see what the "express wishes" of the testator were, to examine the effect of its division of marital property, and then to ask itself how the testator would have distributed the "post-division" estate if he or she had known what the surviving spouse was going to be awarded on the Marital Property Act application. If the court finds that the literal application of the will would produce, in the circumstances created by the application, distortion of the intent of the will, it may intervene to restore the intentions of the

testator as best it can, given that it now only has the "post-division" estate to work with.

This approach to dealing with "post-division" estate under the Marital Property Act raises one further question. We believe that some lawyers make a practice of including in wills a provision that if a surviving spouse makes an application under the Marital Property Act he/she is to take nothing under the will. We suspect that the reason for this provision lies in the difficulty that exists in drawing up a will which is intended to apply to the "post-division" estate, given that the testator cannot know what the "post-division" estate will contain, and therefore cannot sensibly plan for its distribution. If this is indeed the reason, we wonder whether the new situation created by the amendments described above would remove the raison d'être of these testamentary requirements for a surviving spouse to elect whether to take under the will or under the Act. Under the amendments, the court would be given a power to ensure that, so far as practicable in the wake of the Marital Property Act application, the testator's wishes for the distribution of the estate were observed. Under the amendments, the spouse would only get (a) his/her entitlement under the Marital Property Act, and (b) such additional property as the testator had expressly given by the will, if the court had not redirected it to others in its effort to prevent the will from being applied in a way the testator had never foreseen. Given these

amendments, would there be any need for clauses requiring a spouse to elect between the will and the Act? In the light of the provisions contained in the Bill, they add little in terms of protecting the intentions of the testator, and they do confront the surviving spouse with a harsh and unnecessary obligation to elect between the will and the Act. This might, in some cases, oblige him or her to take a gamble on what was, and what was not, going to be found to be "marital property." It is hard to see the need to put the spouse in this unenviable position. New Brunswick, unlike some other jurisdictions, has not adopted in its legislation the principle that the surviving spouse should elect between the will and the Act, and the decision seems a sound one. Should New Brunswick now take one further step along the same path, and declare that testamentary clauses imposing such an election are invalid?

Testators Family Maintenance Act

(To become "Provision for Dependants Act")

General The new title of the Act, and most of the amendments that follow, reflect the view that the Act should be expanded to apply to intestacies as well as to testacies. It may well be rare that applications will be made in the case of intestacies, since the Devolution of Estates Act provides for shares which should normally be considered reasonable. However, the Testators Family Maintenance Act is not limited to cases in which there is an unreasonable testator. It also

operates when a reasonable testator is faced with exceptional circumstances, and these may apply just as well to intestacies as to testacies.

3(3) This amendment expands the list of people who can apply under the Act. The intent is that everybody who, while the deceased was alive, could have applied under the Family Services Act for support should be able to apply for maintenance and support under the Provision for Dependants Act after the death of the deceased. The obligation to support during life, in other words, should be carried on after death. The main beneficiaries of this change are parents and common law spouses. The latter, under s. 112 of the Family Services Act, are (a) those who have cohabited for at least three years and (b) those who have cohabited in a relationship of some permanence and have a child.

In relation to parents, the proposed s. 2(1.2) will require "need" to be shown before support is awarded. This distinguishes parents from other "dependants" under the Act, the rationale being that there is less of an expectation, when a person prepares a will, that he/she will provide for parents than that he/she will provide for a spouse or children. This does raise the question, though, of whether the existing absence from the Act of any requirement for an applicant to show need is appropriate. Over the course of the years, the Testators Family Maintenance Act has come to be a means by

which close relatives of the deceased have been able to enforce what the courts have described as a moral obligation of the reasonable testator to make provision for the people listed, and this moral obligation has not always been restricted to cases where support was needed. Has the scope of the Act become too loosely defined? Should it be restricted?

As to the common law spouses, it seems straightforward to adopt the principle that an enforceable right to support that exists at the time of the death of a co-habitant should be capable of being extended in some way after he or she dies. Without this, people might be cut off entirely from their sole source of income. Such an expansion of the Act, however, raises the further question of whether common law spouses should also be brought within the scope of the Devolution of Estates Act. This would give them inheritance rights, rather than a right of support which depends on the making of a court application. On this comments would be welcome. Our provisional view is that the common law spouse probably should be included under the Devolution of Estates Act, though perhaps not on the same basis as a legal spouse. The purpose of the Devolution of Estates Act is to determine who gets a deceased person's property if that person dies without leaving a will. The Act sets out an order of priority for claimants, and it seems unrealistic that the common law spouse should be excluded. He or she may well have been much closer to the deceased, and to the property now forming the estate, than

anyone else. In principle, therefore, the common law spouse should be brought into the Act.

This then raises the question of what the share of the common law spouse should be. The proposal in s. 1(1) of these amendments, revising s. 22 of the Devolution of Estates Act, must be considered here. If, as suggested, the entitlement of a lawful spouse is to be to the "marital property," what should the common law spouse get? In the absence of a lawful marriage there is no "marital property". The result under our proposed amendment to s. 22 is that all the property of the deceased would technically be "residue," and there would be no surviving "spouse" to get a special share of the residue. It would therefore be shared equally among the children (or other increasingly distant relatives if there were no children). As an initial step, we would suggest that the common law spouse should share equally with any children and should take priority over more distant relatives.

Then there is the question of possible competing claims as between a lawful spouse and a common law spouse. Our tentative view here is that the lawful spouse's entitlement to the "marital property" should probably remain intact, bearing in mind that over time, in cases of estrangement, less and less of the deceased's property will be "marital property". If,

nevertheless, the lawful spouse's share is still so great that it deprives the common law spouse of any substantial inheritance right, the common law spouse could still apply for maintenance and support under the Provision for Dependants Act.

Bringing common law spouses under the Devolution of Estates Act would have the additional advantage of remedying a practical defect in including them under the Testators Family Maintenance Act. The problem is that in cases of intestacy, the only way in which the common law spouse would be able to claim anything under the proposed amendments to the latter Act would be by making a court application. That is how that Act works. It would be better if court applications in matters such as these could be avoided, and this would be accomplished if the common law spouse were given inheritance rights under the Devolution of Estates Act. The common law spouse would take his/her share in an uncontested estate administration, and the right to apply under the Provision for Dependants Act would only be used in exceptional cases. Without those inheritance rights, by contrast, Provision for Dependants Act applications by common law spouses might be common, since they would be the only way by which the common law spouse could claim anything when the person on whom he or she was dependent died intestate.

Wills Act

S. 4 This section attempts an improvement on the existing rule that marriage revokes a will. This rule can take people by surprise, and can lead to well-considered plans falling apart, when people who die believing they have left wills are held by the law to have died intestate. The incidence of re-marriage is also a matter that must be taken into account here.

One possibility would be simply to abolish the rule that marriage revokes a will, leaving the surviving spouse to his/her rights under the Testators Family Maintenance Act and the Marital Property Act. This does not seem a satisfactory answer. Those two Acts provide minimum entitlements. Each also requires a court application in order for the spouse to protect his/her interests. Something further than this seems to be required to protect the interests of a person who marries after a will is in existence.

The amendment therefore starts from the premise that the surviving spouse must be brought within the scope of the inheritance. It accepts also, following the existing law, that the starting point should be to replace the will with the intestacy rules. To this, though, two glosses are added. The first is that the will is not revoked by the marriage or remarriage; it is merely deprived of effect for as long as the

marriage lasts or any descendants of the marriage are alive. Since these are the people for whose benefit the will is overridden, there is no reason why, when they are all dead, the will should not take effect. The second gloss is that, even if the testator does die while the spouse or descendants are still alive, so that there is a deemed intestacy, a person who is a beneficiary under the will but is not a beneficiary under the intestacy can apply to the court for effect to be given to the gift in the will. This provision is designed largely with third parties in mind--for example, charities and friends of the testator. What the amendment contemplates in giving them the right to apply to the court is that, if the estate is large, there may well be plenty to go around, not only for the beneficiaries under the deemed intestacy, but also for third parties mentioned in the will. If, however, the estate is small, it is unlikely that the third party beneficiaries would receive anything.

Effect of Divorce on Will This is an issue which has been discussed during the preparations for the Bill, but which does not appear in the Bill because we consider that the existing law is probably better than the alternatives.

It has been suggested by various law reform agencies that divorce, by one means or another, should affect a will. Suggestions have included revoking the will, revoking all gifts to the divorcee, and deeming the divorcee dead, but leaving the balance of the will intact.

At first glance, these suggestions seem attractive. It seems to accord with common sense that a person who leaves property to his or her spouse in a will, and then divorces, would probably want the gifts to the spouse changed. The problem lies, however, in determining what the change to the will is to be. Any change is likely to distort its effect, particularly a change that is as large as one affecting the gift to the spouse would probably be. Even more uncertain is that the spouse should be excluded from the will entirely, which tends to be the effect of the proposals that other agencies have made. Even granted that one divorcing spouse might wish to leave less to the other, it is not obvious that the law should impose on the spouse a complete disentitlement, especially given that the testator, for whatever reason, has not chosen to do so.

Our provisional conclusion, then is that it should be up to the testator, and not the law, to say what happens to the will on divorce. Divorce is, after all, a process which will involve contact with lawyers. As part of this contact the lawyer should advise of the need to revise a will to prevent the former spouse from receiving things that the testator would not wish. It seems inappropriate to create a new statutory rule based on a supposed intent of testators to exclude their former spouses when the testators will in fact be in a position to state their wishes for themselves as part of the divorce process.

It is no doubt true that people who divorce may be advised to change their wills, may intend to do so, but may not get round to it. That, however, seems a poor reason for the law to step in to alter a will that the testator did not. Other wills are not revoked on the strength of evidence that a testator intended to change them but never did. Further, the fact that a testator might have intended to change a will is no indication of the particular change that might have been made. For the law to impose a predetermined change is a strong measure, especially if the result is to exclude the former spouse completely. This has the same effect as excluding the estranged spouse in cases of intestacy: it means that the spouse's share goes to somebody else. For the law to create that result, in the absence of any foreknowledge of where the share will go, involves the law in saying that, wherever it goes, it will be preferable in most cases that it go there rather than to the former spouse. Such a conclusion seems hard to reach.

Our present view, then, is that people who divorce but do not revoke existing wills should be treated in the same way as others who might be expected to change their wills but never do. In both cases, the law should do nothing. Perhaps people meant to change their wills, perhaps they did not. Perhaps they changed their minds. There is no reason why the law should prefer one of these conclusions over the others.

If the law remains unchanged, though, one thing that should be done is that steps should be taken to ensure that divorcees are made aware of the need to give serious thought to changing their wills (though wills, are only one of a number of things that may need changing--for example, beneficiaries under life insurance policies may also need to be changed). However, once practical steps have been taken to ensure that people know what they have to do to protect their interests, enough has been done. The law should not be too swift to jump in and undo the consequences of what, for all it knows, might well have been deliberate inaction.

Survivorship Act

The proposed new legislation reflects a growing consensus that the existing principle on which the Survivorship Act is based--namely, that where two people die at the same time the older is deemed to have died the first--is unsuitable. The new Act therefore adopts as its basic principle the idea that each is deemed to have survived the other. This means, essentially, that the property of each will be identified separately from the property of the other, and will pass to whoever would receive it under the terms of a will or intestacy if the other co-deceased had died first. Most of the provisions in the Bill are re-workings of provisions of the existing Survivorship Act in the light of the altered basic principle of the Act. Two sections, however are new.

The first of these is s. 4, under which the "marital property" of two co-deceased who are married will be divided equally between their respective estates. This provision will affect cases in which the respective beneficiaries of the two are different, the simplest example being the childless couple who die intestate. Without s. 4, the effect of the new Act would be that the estate of each would be determined in accordance with general property law, and would then go its separate way to one family or the other. With s. 4, the general principle of equality in the Marital Property Act overrides the common law rights, and divides the "marital property" between the two families.

In the light of s. 5 of the Marital Property Act, which prevents the estate of a deceased person from initiating an application for a division of marital property, it may seem strange to contemplate an equal sharing of the marital property under this Act when both spouses are dead. However, the case where there is one survivor is different from the case where there is no survivor. In the former case, an application by the estate would take away from the surviving spouse property that (a) was his/hers at common law, and (b) as marital property, was property in which the special interest of spouses had been expressly declared by law. To allow the claim of an estate in these circumstances would prefer the claim of the beneficiaries over that of the spouse, notwithstanding the special interest of the spouse in the property under both the common law and the Marital Property Act. In the latter case,

however, where neither spouse survives, the issue is between two sets of beneficiaries. There is therefore not the same objection to sharing the property which, as the Marital Property Act declares, is the product of the various contributions of the two partners to the marriage. The issue then boils down to two questions: first, whether the principle of joint contribution to marital property should be recognized by this legislation when both spouses die together; second, if it should be whether there are practical considerations--for example in relation to complicating the administration of estates--which override the question of principle. By including s. 4, the Bill opens both of these issues up for discussion.

The second new feature of the Bill is in s. 6(2). This proposes that people should be treated as having died together if they die within ten days of each other, subject to a small exception in s. 6(3). The purpose of this provision is to acknowledge that in some cases, although it is clear that one person died before another, their deaths came so close together--perhaps separated only by minutes--that it is silly to have the property of the first pass to the other and then to the other's heirs. The aim of the ten-day survivorship rule proposed by s. 6(2) is to ensure that the one who dies second, if he or she is to inherit, genuinely survives the one who dies

first. It is common practice to insert a similar provision in wills, though thirty days is apparently the usual survivorship period there. Inevitably such periods are arbitrary, and are a rough and ready attempt to achieve their ends. Time limits are not ideally suited to the purpose, but alternative methods are hard to find.

S. 6(3) provides a small exception to the ten-day rule. What it contemplates is that, even within the ten days, the person who has survived another may have the mental and physical capacity to deal with the property which the deceased had left to him/her, and may do so. There may have been an accident, for example, in which one was killed and the other gravely injured, but the second, seven days after the death of the first, makes a will which deals, among other things, with property coming from the first. The intention of s. 6(3) is to give effect to that will or to gifts or other transactions that the second deceased entered into in the ten-day period. The thinking here is that there is no good reason why effect should not be given to the transaction. The first deceased, in leaving property to the second, had given the second the power to do with it as he/she wished. The second, in the situation s. 6(3) contemplates, has done so, and the fact that he/she dies sooner than expected is no reason for upsetting what has been done. In such cases the ten-day rule serves no purpose. Its object is to prevent property from passing by operation of law, and without human intervention, from the first deceased to

the beneficiaries of the second deceased. Where, however, the second deceased has expressly decided what is to happen to the property, there is no reason to displace the intent of the first deceased's will, which, by leaving property to the second deceased, gave him/her the power to deal with it as he/she wished.

Like the ten-day rule itself, of course, the exception in s. 6(3) is rough and ready. Ideally what one would have would be a provision establishing a substantive test of whether one person had genuinely survived another, so that, when the survivor died in turn, one could determine whether the proper people to take the property of the first deceased were the heirs of the first deceased or those of the second deceased. However, it is extremely difficult to find a workable substantive test to achieve this end. Thus one comes to the rough and ready methods of (a) a survival period based on time, and (b) a limited exception in the case of observable acts indicating an awareness of the implications of the death of the first deceased and an attempt to do something about them. The question raised here is the familiar one of choosing the lesser of two evils. On the one hand is the rough and ready ten-day rule, with (or perhaps without) its exception. On the other hand is the fact that if one does not establish some such rule, property can pass from one deceased to another who survives only for a matter of hours, and then to the heirs of the latter. The Bill opens up the alternatives for consideration.

COMMENTAIRES

sur la

LOI MODIFIANT LE DROIT SUCCESSORAL

et la

LOI SUR LES PRÉSOMPTIONS DE SURVIE

Division de la Réforme du droit
Bureau du Procureur général
Province du Nouveau-Brunswick

juin 1990

COMMENTAIRES

sur la

LOI MODIFIANT LE DROIT SUCCESSORAL

et la

LOI SUR LES PRÉSOMPTIONS DE SURVIE

Ces commentaires devraient se lire avec la Loi modifiant le droit successoral et la Loi sur les présomptions de survie puisqu'ils expliquent les dispositions essentielles des projets de loi. Ils exposent également quelques points controversés à leur sujet et en soulèvent d'autres qui n'y sont pas traités.

LOI MODIFIANT LE DROIT SUCCESSORAL

Loi sur la dévolution des successions

Art. 1(1) Ce paragraphe change le droit statutaire d'un conjoint survivant en cas d'intestat. La modification remplace le droit actuel du conjoint survivant aux "personal chattels" du défunt par un droit aux intérêts du défunt sur les "biens matrimoniaux" du couple. Le résultat net sera qu'en cas d'intestat, le conjoint survivant finira par avoir tous les biens matrimoniaux, puisqu'en

plus de ce qui lui appartient déjà, la Loi lui donnera le reste qui appartenait à son conjoint décédé.

La modification vise à niveler les différences entre la Loi sur les biens matrimoniaux et la Loi sur la dévolution des successions. À l'heure actuelle, la Loi sur les biens matrimoniaux donne au conjoint survivant le droit de revendiquer, au moyen d'une demande au tribunal, une répartition égale des biens matrimoniaux, et cette part doit comprendre le foyer matrimonial. Par contre, la Loi sur la dévolution des successions donne au conjoint un droit successoral (plutôt qu'un droit à faire valoir devant le tribunal) qui consiste en une propriété complète (plutôt qu'une répartition égale) des "personal chattels". Cette expression "personal chattels" est conceptuellement semblable aux "biens matrimoniaux" mais elle exclut les biens réels, et par conséquent le foyer matrimonial.

Il semble que rien ne justifie la coexistence de ces deux droits distincts, si semblables et pourtant si différents. Ils expriment l'idée que le partenaire survivant a un droit spécial sur les biens ordinaires dans la vie quotidienne d'un couple. La modification proposée concrétise cette idée en utilisant les mêmes concepts pour définir les droits dans chaque loi. Elle s'assure également que le droit du conjoint survivant en cas d'intestat en

vertu de la Loi sur la dévolution des successions comprend tout ce que ce dernier obtiendrait normalement en faisant la demande sous le régime de la Loi sur les biens matrimoniaux. À certains égards, ce changement qui consiste à inclure tous les "biens matrimoniaux" dans le droit du conjoint survivant en cas d'intestat, est autant procédural que de fond. En fait, selon la loi telle qu'elle est actuellement, il semble que le conjoint survivant peut combiner ces deux droits statutaires, en invoquant d'abord la Loi sur les biens matrimoniaux pour le foyer matrimonial, puis en soutenant être la seule personne qui a droit aux "personal chattels" en vertu de la Loi sur la dévolution des successions. On nous a dit qu'à l'heure actuelle, des conjoints survivants introduisent parfois des demandes en vertu de la Loi sur les biens matrimoniaux dans le seul but d'établir leur droit sur le foyer matrimonial. La modification rendra une telle précaution superflue.

Il résulte de la modification proposée que dans les cas où la succession du défunt consiste entièrement en biens matrimoniaux, toute la succession passera au conjoint survivant et rien aux descendants du défunt. Cela reflète l'idée qu'entre le conjoint et les descendants (ceux-ci étant les seuls que la Loi sur la dévolution des successions reconnaît comme ayant des intérêts antagoniques au conjoint survivant), la revendication du conjoint survivant sur les biens matrimoniaux est mieux fondée. La Loi sur

la dévolution des successions exprime la même idée et dispose déjà que dans les cas où la succession est composée entièrement de "personal chattels", tout passera au conjoint survivant. Il est à remarquer qu'il existe un courant d'opinion qui soutient qu'à la mort d'une personne mariée, la succession entière devrait passer au conjoint survivant, ce qui ne ferait rien de plus que confirmer la pratique actuelle de la vaste majorité des couples mariés qui, lorsqu'ils font des testaments, laissent tout au survivant. La présente modification ne va pas aussi loin. Elle ne suggère pas que la succession entière soit dévolue au survivant et limite strictement la dévolution aux "biens matrimoniaux". C'est pourquoi, lorsque les biens matrimoniaux ne constituent qu'une partie de la succession, la modification maintiendrait la règle actuelle qui partage l'excédent entre le conjoint et les enfants. Il serait à propos d'ajouter ici que l'excédent devrait maintenant être réparti également entre le conjoint et les enfants. Cela supprimerait la garantie actuelle au conjoint de recevoir au moins le tiers de l'excédent, mais reflèterait le fait que le droit aux biens matrimoniaux est probablement plus bénéfique que le droit aux "personal chattels" tels qu'ils sont maintenant définis.

Dans le contexte de l'objectif général du projet de loi qui cherche à mieux harmoniser la Loi sur la dévolution des successions avec la Loi sur les biens matrimoniaux, une autre

approche, que provisoirement nous ne recommandons pas, mérite l'attention. Il s'agit de diriger la revendication spéciale du conjoint survivant sur l'"actif familial" plutôt que sur les "biens matrimoniaux". L'"actif familial" forme une partie, et non pas le tout, des "biens matrimoniaux" et est plus proche de l'ensemble "personal chattels" plus "foyer matrimonial" que les "biens matrimoniaux" le sont. Toutefois, se concentrer sur l'"actif familial" ferait perdre l'avantage de la simplicité. Selon la proposition actuelle, les demandes fondées sur la Loi sur les biens matrimoniaux en cas d'intestat deviendraient pratiquement superflues, puisque la Loi sur la dévolution des successions aurait déjà offert tout ce qu'une demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux peut donner. Naturellement, la simplicité ne pourrait pas constituer un élément majeur s'il existait de forte raison militant en faveur de la position des descendants contre celle du conjoint, relativement à la partie des "biens matrimoniaux" qui ne consiste pas en "actif familial". Pourtant, il n'est pas évident qu'une telle forte raison existe.

Une autre suggestion qui nous a été soumise à propos de la succession ab intestat est que le conjoint survivant devrait avoir, dans tous les cas, une revendication aux premiers $x,000 de la succession. Une telle disposition se trouve dans la législation de plusieurs autres provinces en matière de succession ab intestat.

Dans ces provinces pourtant, c'est la somme d'argent elle-même qui donne au conjoint survivant sa revendication à la priorité sur les autres membres de famille. Le droit du Nouveau-Brunswick leur était semblable jusqu'à l'introduction des dispositions relatives aux "personal chattels". Ces dispositions ont remplacé le droit à une revendication monétaire préalable par un droit à une revendication préalable sur certains éléments spécifiques de l'actif. Nous croyons que c'était la bonne voie à prendre. La modification proposée suit la même direction et ne prévoit pas une revendication monétaire préalable. Il en résulte naturellement que si la succession du défunt n'a pas de biens matrimoniaux, étant donné que tous les biens matrimoniaux appartiennent déjà au survivant, celui-ci n'aura plus de part prioritaire et il se partagera simplement la succession avec les autres membres de famille. Il faut noter cependant que cela fait déjà partie du droit actuel -- si le conjoint survivant est déjà propriétaire des "personal chattels", sa revendication en cas d'intestat porte seulement sur une part du reliquat -- et encore une fois, cela paraît raisonnable. Si le conjoint survivant est déjà propriétaire de tous les "biens matrimoniaux" qui comprendront vraisemblablement toutes les nécessités de la vie quotidienne, il semble qu'il n'existe plus aucune raison pour lui donner une revendication spéciale sur quelque chose d'autre.

Art. 1(2) Ce paragraphe effectue deux choses. Premièrement, abolir la règle qu'une personne qui vit en adultère au moment du décès de son conjoint est exclue de sa succession. Deuxièmement, décrire une nouvelle règle possible, en vertu de laquelle la séparation d'un couple marié pourrait, dans certaines circonstances, éteindre le droit à la succession ab intestat.

La première partie semble relativement simple. Cette interdiction d'hériter en cas d'intestat paraissait toujours étrange dans son application, puisque la personne qui aurait vécu en adultère pendant des années durant la vie de son conjoint, mais qui ne vivrait plus en adultère au moment du décès, ne serait pas exclue de la succession. De plus, comme les valeurs sociales ont changé, il semble que la question se pose de plus en plus si l'adultère à lui seul constituerait un motif suffisant pour une exclusion complète et automatique de la succession ab intestat du conjoint. Certaines lois telles que la Loi sur le divorce et la Loi sur les biens matrimoniaux qui penchent pour la réconciliation, reconnaissent par là même que les violations matrimoniales sont parfois pardonnées et, de par leur nature, rarement impardonnables. Dans un tel contexte, une règle de droit qui déshérite automatiquement un conjoint séparé et vivant en adultère semble difficile à justifier. Le fondement pour une telle règle devrait plutôt refléter ce qui est considéré comme manifestement juste par

la majorité des gens pour que la loi puisse l'imposer. Or, en l'espèce, il n'en est rien. En effet, il se peut que l'infidélité soit absolument inacceptable pour certains alors qu'elle ne le soit pas pour d'autres, et la loi, à notre avis, ne devrait pas imposer à tous l'idée qu'elle est inacceptable. Il résulte de la modification proposée que ceux qui voulaient déshériter leur conjoint pour adultère, devraient le faire par testament.

Le deuxième aspect de la modification est de remplacer la déchéance fondée sur l'adultère par la déchéance fondée sur la séparation. L'idée qui sous-tend la proposition est qu'à certain moment, la séparation est si définitive qu'elle est pratiquement le divorce sous un autre nom et que la loi devrait reconnaître ce fait en abolissant les droits successoraux du conjoint nominal. Les dispositions des alinéas proposés 37a), b) et c) sont destinées à fournir un test sur le point de rupture du mariage pour savoir à quel moment cette rupture est si complète qu'elle justifie le rejet de la revendication du conjoint. La proposition présentée est celle que la Division de la Réforme du droit a fait circuler antérieurement pour commentaires.

Suite aux commentaires reçus pourtant, nous ne sommes plus d'avis que la modification devrait s'effectuer. Nous préférons maintenant l'opinion que seul le divorce pourrait abolir le droit

successoral d'un conjoint en cas d'intestat. Il s'agit d'un revirement par rapport à notre position au début de nos travaux sur cette disposition. Certaines explications sont donc nécessaires.

Au départ, la modification proposée s'appuyait sur l'idée qu'il était insensé que des gens qui vivaient séparés d'une façon si absolue que l'existence du mariage était une simple formalité juridique, puissent encore hériter l'un de l'autre. Ce point de vue se défend toujours, mais un autre point de vue semble prépondérant, puisque le seul résultat de l'exclusion du conjoint par la loi est de transférer ce qui aurait constitué sa part à d'autres bénéficiaires. En d'autres termes, dans le cas normal, si le conjoint est exclu, les enfants profitent; s'il n'y a pas d'enfant, la succession passera aux père et mère, grands-parents, frères et soeurs, oncles et tantes du défunt à titre de bénéficiaires possibles.

L'exclusion du conjoint en faveur de celui qui s'avère alors être le plus proche parent semble non satisfaisante. Les rapports entre le défunt et les enfants, ou les parents plus éloignés peuvent avoir été aussi tendus que les rapports entre le défunt et son conjoint. Il n'existe aucune raison évidente pour éliminer seulement la revendication du conjoint. C'est pourquoi nous sommes maintenant d'avis que le conjoint ne devrait pas être

déshérité par la loi, tant qu'existe le mariage légal. De plus, il serait à noter que la revision proposée en vertu du paragraphe 1(1) de ces modifications au droit du conjoint survivant en cas d'intestat contient en soi un mécanisme d'autocorrection qui peut empêcher le conjoint séparé depuis longtemps d'hériter la majeure partie de la succession du défunt. En effet, si le droit du conjoint consiste en "biens matrimoniaux" et une part du reliquat, une longue séparation aboutirait à des "biens matrimoniaux" de moindre valeur et un reliquat d'une plus grande valeur. Par conséquent, avec le temps, la part du conjoint survivant ressemblera de plus en plus à celle des enfants. Cela semble être une reconnaissance raisonnable du principe qu'une longue séparation devrait affecter la part qu'un survivant peut raisonnablement s'attendre à hériter d'un conjoint séparé. Exclure totalement le conjoint équivaudrait à accorder trop de force à ce principe.

Loi sur les biens matrimoniaux

2(1)a) et b) Ces modifications font quelques retouches au droit d'un conjoint survivant dans une demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux. Elles essaient de régler une difficulté provenant du libellé de l'actuel paragraphe 4(1) de la Loi. Cette difficulté résulte du fait que ce paragraphe donne au conjoint survivant un droit -- la moitié des biens matrimoniaux, et cette

moitié doit comprendre le foyer matrimonial -- ce qui en soi, peut se révéler contradictoire. Ainsi, lorsque le foyer matrimonial excède la moitié des biens matrimoniaux, ce qui peut être souvent le cas, comment le tribunal peut-il appliquer la loi d'une façon satisfaisante?

La réponse suggérée par la présente modification commence par le principe exprimé dans la jurisprudence: que le droit au foyer matrimonial l'emporte. Ensuite, la modification va plus loin et suggère que le droit du conjoint survivant ne devrait pas se limiter au foyer matrimonial mais devrait s'étendre aussi sur d'autres biens qui sont nécessaires à l'usage et à la jouissance du foyer matrimonial. Ici, le but est d'assurer que le conjoint survivant ne reçoit pas une maison vide, ce qui pourrait se produire théoriquement lorsque la maison constitue la moitié, ou plus que la moitié, des biens matrimoniaux. Cette augmentation de la part du conjoint survivant de façon à y inclure d'autres biens qui sont nécessaires à l'usage et la jouissance du foyer matrimonial, règle également les cas possibles où le foyer matrimonial pourrait être proche mais inférieur à la moitié de la valeur des biens matrimoniaux. Dans de tels cas, une répartition strictement égale des biens matrimoniaux pourrait encore, en théorie, laisser le conjoint survivant avec une maison vide et quelque bric-à-brac. La

modification assurera que le foyer matrimonial est au moins raisonnablement habitable.

Un autre changement mineur dans les modifications est que sous leur régime, si le conjoint veut invoquer le droit au foyer matrimonial et aux biens accessoires, il doit le faire expressément. À l'heure actuelle, le paragraphe 4(1) oblige le tribunal à ordonner que le foyer matrimonial soit dévolu au requérant. La modification y ajoute une certaine latitude: ainsi, si le requérant veut une répartition égale des biens matrimoniaux mais n'a aucun penchant particulier pour le foyer matrimonial, il peut opter pour la répartition égale et laisser le foyer matrimonial aux autres.

Par rapport aux modifications proposées, notre principal souci est de savoir si elles sont vraiment nécessaires. D'une part, préférer le droit au foyer matrimonial à une répartition égale, lorsque les deux sont en conflit, est déjà l'interprétation de la jurisprudence dans son application de l'actuel paragraphe 4(1). Quant au droit à d'autres biens qui sont raisonnablement nécessaires à l'usage et la jouissance du foyer matrimonial, cela peut déjà s'accomplir dans le cadre du paragraphe actuel, étant donné les différentes façons par lesquelles un tribunal peut ordonner une répartition inégale des biens matrimoniaux. D'autre part, une

certitude à la première lecture de la loi vaut peut-être mieux que la jurisprudence et l'assujettissement à la discrétion judiciaire.

2(1)c) Cette modification prolonge le délai de prescription d'une demande à la suite du décès d'une personne mariée à quatre mois à partir du décès. Le paragraphe 3(10) du projet de loi fait une modification comparable à la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur. Dans le cas de la dernière loi, le délai de prescription diminue. Dans le cas de la Loi sur les biens matrimoniaux, il augmente. Notre avis est que l'actuel délai de prescription de 60 jours prévu dans la Loi sur les biens matrimoniaux est trop court. Utiliser le même délai pour ces deux lois offre des avantages, et quatre mois--encore une période assez courte--sont suggérés sur la base que les demandes du genre permis en application de ces lois devraient être introduites sans trop tarder. Le tribunal gardera sa discrétion de prolonger le délai pour bon motif, mais avec un délai plus long autorisé initialement aux demandes, il aurait moins d'occasions pour l'exercer.

2(1)d) Ce paragraphe résulte de la proposition mentionnée ci-dessus concernant la prolongation du délai autorisé pour introduire des demandes en application de la Loi. Étant donné que la prolongation du délai de prescription augmente le risque d'un partage de la succession du défunt avant l'introduction de la demande, la

modification proposée prévoit un moyen pour récupérer les biens qui ont été déjà partagés à un bénéficiaire.

2(1)e) La modification proposée vise une zone d'incertitude qui a existé depuis nombre d'années, relativement aux demandes faites par un conjoint survivant en application de la Loi sur les biens matrimoniaux. Le problème se rapporte au traitement des biens qui restent dans la succession du testateur après que la demande a été jugée. La question est de savoir si le testament devrait être appliqué automatiquement au reste de la succession, ou si on devrait, en interprétant et en appliquant le testament, tenir compte du fait que le conjoint survivant a déjà reçu des biens prélevés sur la succession en vertu de la Loi sur les biens matrimoniaux. Illustrons ces genres de problèmes par quelques exemples simples. Si un testament partage les biens d'un testateur (qui constituent la totalité des biens matrimoniaux de la famille) "la moitié à ma femme, la moitié à ma fille," et que la femme fasse la demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux, est-ce-que la femme peut recevoir d'abord une répartition égale des biens en application de la Loi et ensuite la moitié du reste selon le testament, ce qui revient à trois quarts en tout? Ou bien, si le testament laisse "mon foyer matrimonial de $100,000 à mon fils et mon fonds de commerce de $100,000 à mon mari," est-ce-que le mari peut revendiquer d'abord le foyer matrimonial en application de la

Loi et ensuite le fonds de commerce selon le testament, ne laissant rien au fils?

Il est difficile d'imaginer l'existence de quelque règle absolue pour régler ces problèmes. Les cas particuliers peuvent présenter des situations de fait tout à fait différentes, et rares seront les cas simples. Il est toutefois manifestement incorrect qu'un testament, rédigé par un testateur pour appliquer à l'ensemble de sa succession telle qu'elle existe à son décès, (succession "pré-répartition") s'applique automatiquement à ce qui reste de la succession après une demande de répartition des biens matrimoniaux (succession "post-répartition") comme si le testament avait été rédigé avec la dernière situation à l'esprit.

Le point de départ de la modification à l'alinéa 2(1)e) est par conséquent, la conviction qu'il doit exister quelque moyen pour assurer que les clauses testamentaires du testateur ne s'appliquent pas <u>automatiquement</u> à la succession "post-répartition" sans tenir compte s'il s'agissait des biens auxquels le testament visait à s'appliquer. Si le testament, compte tenu des faits en l'espèce, devait ainsi s'appliquer, son application ne poserait aucun problème, mais la Loi devrait également autoriser d'autres possibilités. Ce que la modification prévoit par conséquent, est de créer une discrétion habilitant le tribunal à rendre des ordonnances

pour partager la succession "post-répartition". Les "volontés déclarées" du testateur constituent le critère de l'exercice de cette discrétion. La tâche du tribunal est de trouver quelles étaient ces "volontés déclarées", d'examiner les effets de sa répartition des biens matrimoniaux, puis de se demander comment le testateur aurait partagé la succession "post-répartition" s'il avait su ce que son conjoint survivant allait recevoir à la suite d'une demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux. Si le tribunal trouve que l'application littérale du testament aboutirait en fait, dans les circonstances créées par la demande, à une déformation de l'intention du testateur, le tribunal peut intervenir pour restaurer cette intention de la meilleure façon possible, étant donné qu'il n'a maintenant que la succession "post-répartition" à sa disposition.

Cette approche pour traiter la succession "post-répartition" sous le régime de la Loi sur les biens matrimoniaux soulève une autre question. Nous croyons que certains avocats ont l'habitude d'inclure une clause testamentaire que le conjoint survivant n'hérite rien aux termes du testament s'il fait une demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux. Nous soupçonnons que la raison qui justifie cette clause consiste dans la difficulté de rédiger un testament pour la succession "post-répartition", étant donné que le testateur lui-même ne peut

pas savoir de quoi cette succession "post-répartition" sera composée ni par conséquent, comment planifier judicieusement son partage. Si cela était en effet la raison, nous nous demandons si la nouvelle situation créée par les modifications décrites ci-dessus enlèverait la raison d'être de ces exigences testamentaires qui obligent un conjoint survivant à faire son choix entre hériter en vertu du testament ou hériter en vertu de la Loi. Avec les modifications, le tribunal serait investi d'un pouvoir pour s'assurer dans la mesure du possible qu'à la suite d'une demande en application de la Loi sur les biens matrimoniaux, les volontés du testateur au sujet du partage de sa succession ont été respectées. Ainsi, le conjoint obtiendrait seulement a) son droit en application de la Loi sur les biens matrimoniaux, et b) les biens additionnels que le testateur avait expressément donnés par testament, si le tribunal ne les avait pas redistribués aux autres dans son effort d'empêcher l'application du testament d'une façon que le testateur n'avait jamais prévue. Étant donné ces modifications, l'existence des clauses exigeant que le conjoint fasse son choix entre le testament et la Loi serait-elle encore nécessaire? À la lumière des dispositions du projet de loi, ces clauses ajoutent peu pour protéger les intentions du testateur. Par contre, elles confrontent le conjoint survivant avec une obligation non seulement dure mais inutile de choisir entre le testament et la Loi. Cela pourrait, dans certains cas, l'obliger à jouer sa part successorale à pile ou face. Il est difficile

d'imaginer le besoin de mettre le conjoint survivant dans cette situation si peu enviable. Le Nouveau-Brunswick, à la différence de quelques autres provinces, n'a pas adopté dans sa législation le principe que le conjoint survivant aurait à choisir entre le testament et la Loi, et cette décision semble être la bonne. Devrait-il maintenant faire un pas de plus pour déclarer inopérantes les clauses testamentaires qui imposent un tel choix?

Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur

(à devenir "Loi sur la provision pour personnes à charge")

Généralité Le nouveau titre de la Loi et la plupart des modifications qui suivent, reflètent l'idée qu'on devrait élargir le domaine d'application de la Loi pour y inclure la succession ab intestat aussi bien que la succession testamentaire. Il se peut que la Loi s'applique rarement en cas d'intestat, puisque la Loi sur la dévolution des successions prévoit déjà les parts qui devraient normalement être considérées comme raisonnables. Toutefois, la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur ne se limite pas aux cas où le testateur n'est pas raisonnable. Elle s'applique également aux cas où un testateur raisonnable est confronté à des circonstances exceptionnelles et cela peut se

produire en cas de succession ab intestat aussi bien qu'en cas de succession testamentaire.

3(3) Cette modification augmente la liste des personnes qui peuvent invoquer la Loi. L'idée est que quiconque, du vivant du défunt, aurait pu faire la demande en application de la Loi sur les services à la famille pour soutien, devrait être habile à le faire pour entretien et soutien en application de la Loi sur la provision pour personnes à charge après le décès du défunt. En d'autres termes, l'obligation de soutien qui existait durant la vie, devrait se prolonger après la mort. Les principaux bénéficiaires de ce changement sont les pères et mères et les conjoints de common law. Les derniers sont, selon l'article 112 de la Loi sur les services à la famille, a) ceux qui ont cohabité pendant au moins trois ans et b) ceux qui ont cohabité de façon assez continuelle et ont un enfant issu de la cohabitation.

Quant aux pères et mères, le paragraphe proposé 2(1.2) exigera que des "besoins" soient établis avant que le soutien soit accordé. Cela distingue les pères et mères des autres "personnes à charge" prévues par la Loi, la raison étant que lorsqu'une personne rédige son testament, on s'attend moins à ce qu'elle pourvoie au soutien de ses père et mère qu'au soutien de son conjoint ou de ses enfants. Cela soulève quand même la question de savoir si

l'actuelle absence dans la loi de toute exigence d'établir des besoins est juste. Au cours des années, la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur est devenue un moyen par lequel les proches parents du défunt ont été capables de faire exécuter ce que les tribunaux ont décrit comme une obligation morale du testateur raisonnable de fournir une provision pour les personnes mentionnées sur la liste, et cette obligation morale n'a pas toujours été restreinte aux cas où le soutien était nécessaire. Le domaine d'application de la Loi est-il devenu trop vaguement défini? Devrait-on le restreindre?

Quant aux conjoints de common law, il paraît simple d'adopter le principe qu'un droit au soutien exécutable qui existe à la mort d'un cohabitant devrait se prolonger de quelque façon après sa mort. Sans cela, les gens peuvent être privés totalement de leur seule source de revenu. Pourtant, une telle expansion de la Loi soulève aussi la question de savoir si les conjoints de common law devraient également être soumis au régime de la Loi sur la dévolution des successions. Cela leur donnerait des droits successoraux plutôt qu'un droit au soutien qui dépend de l'introduction d'une demande devant le tribunal. Nous accueillerons volontiers tous commentaires à ce sujet. Notre position provisoire est que les conjoints de common law devraient probablement être soumis à la Loi sur la dévolution des successions, bien que

peut-être, sur une base différente des conjoints légaux. Le but de la Loi sur la dévolution des successions est de déterminer la personne qui obtiendra les biens du défunt si celui-ci décède intestat. La Loi indique un ordre de priorité pour les revendicateurs et il semble peu réaliste que le conjoint de common law en soit exclu, car il peut très bien être plus proche du défunt et des biens qui constituent maintenant la succession que toute autre personne. En principe donc, le conjoint de common law devrait être inclus dans la Loi.

Dès lors, il s'agit de savoir quelle serait sa part. Pour y voir clair, la proposition mentionnée au paragraphe 1(1) de ces modifications, revisant l'article 22 de la Loi sur la dévolution des successions devrait être examinée ici. Si, tel que suggéré, le conjoint légal a droit aux "biens matrimoniaux", quelle devrait alors être la part du conjoint de common law? N'oublions pas qu'en l'absence d'un mariage légal, les "biens matrimoniaux" n'existent pas. Il résulte de notre modification proposée à l'article 22 que tous les biens du défunt constitueraient techniquement le "reliquat", et qu'il n'y aurait pas de "conjoint" survivant pour en obtenir une part spéciale. Le reliquat serait donc partagé également entre les enfants (ou autres parents de plus en plus éloignés s'il n'y avait pas d'enfants). Comme premier pas, nous suggérons que le conjoint de common law se partage la succession

également avec les enfants et qu'il ait la priorité sur les parents plus éloignés.

Il existe alors la question des conflits possibles entre les revendications du conjoint légal et celles du conjoint de common law. À ce sujet, notre position provisoire est que le droit du conjoint légal aux "biens matrimoniaux" devrait probablement rester intact, tout en gardant à l'esprit qu'avec le temps, en cas de séparation, les biens du défunt se composeront de moins en moins de "biens matrimoniaux". Si, néanmoins, la part du conjoint légal est encore si grande qu'elle vide le droit successoral du conjoint de common law de toute substance, celui-ci pourrait toujours introduire une demande pour entretien et soutien en application de la Loi sur la provision pour personnes à charge.

Soumettre les conjoints de common law au régime de la Loi sur la dévolution des successions aurait l'avantage additionnel de corriger un défaut pratique résultant de leur inclusion dans la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur. Le problème est qu'en cas d'intestat, la voie judiciaire est la seule voie par laquelle le conjoint de common law serait capable de revendiquer quelque chose en vertu des modifications proposées à la dernière loi. C'est la procédure normale inhérente à cette loi. Pourtant, il serait préférable que les demandes en justice puissent

être évitées en pareilles affaires et cela pourrait s'accomplir si on donnait au conjoint de common law des droits successoraux en vertu de la Loi sur la dévolution des successions. Le conjoint de common law prendrait sa part au cours d'un partage à l'amiable de la succession et son droit d'invoquer la Loi sur la provision pour personnes à charge ne serait utilisé que dans des cas exceptionnels. Sans ces droits successoraux, par contre, le recours à la Loi sur la provision pour personnes à charge par le conjoint de common law pouvait devenir la règle générale, puisque ce recours serait le seul moyen par lequel le conjoint de common law pourrait revendiquer quelque chose, lorsque la personne dont il était la personne à charge décédait intestat.

Loi sur les testaments

Art. 4 Cet article tente d'améliorer la règle actuelle par laquelle le mariage révoque tout testament antérieur. Cette règle peut prendre les gens par surprise et peut faire échouer des plans bien conçus, lorsque ceux qui décèdent en croyant avoir laissé des testaments sont traités par la loi comme s'ils étaient décédés intestat. L'incidence du remariage est par ailleurs une autre question dont on devrait tenir compte ici.

Une possibilité serait d'abolir simplement la règle par laquelle le mariage révoque tout testament antérieur, en laissant au conjoint survivant ses droits en vertu de la Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur et de la Loi sur les biens matrimoniaux. Cela ne semble pas pourtant une solution satisfaisante, car ces deux lois attribuent seulement des droits minimums au conjoint survivant. De plus, leur application exige que le conjoint introduise une demande devant le tribunal. Quelque chose en plus semble donc nécessaire pour protéger les intérêts d'une personne qui se marie postérieurement à l'existence d'un testament.

Au départ, la modification s'appuie par conséquent sur la prémisse qu'on devrait faire quelque chose pour amener le conjoint survivant au domaine de l'héritage. La modification accepte également, en suivant la loi actuelle, que le point de départ serait de remplacer le testament par les règles de la succession ab intestat. À cela, deux adjonctions s'ajoutent. La première est que le testament n'est pas révoqué par le mariage ou le remariage. Il est seulement inopérant tant que dure le mariage ou qu'un enfant issu du mariage est vivant. Puisque ces personnes sont celles que la révocation du testament vise à protéger, il n'y a aucune raison pour que le testament ne produise pas effet lorsqu'elles sont toutes décédées. La deuxième adjonction est que, même si le testateur

décède alors que le conjoint ou l'enfant sont encore vivants, de telle sorte que la succession réputée ab intestat se réalise, un bénéficiaire aux termes du testament mais qui n'en est pas un en cas d'intestat, peut demander au tribunal de donner effet au legs prévu dans le testament. Cette disposition est conçue surtout avec les tierces parties à l'esprit--par exemple les institutions charitables et les amis du testateur. Ce que la modification envisage en leur donnant le droit au recours judiciaire est que, si la succession est importante, il peut y avoir assez pour tout le monde, tant à l'égard des bénéficiaires en vertu de la succession réputée ab intestat qu'à l'égard des tierces parties mentionnées dans le testament. Par contre, si la succession est insignifiante, il est improbable que les bénéficiaires tierces parties puissent recevoir quelque chose.

Effets du divorce sur le testament Cette question a fait l'objet de discussions pendant la phase préparatoire du projet de loi mais ne figure pas au projet de loi car nous pensons que la loi actuelle est probablement meilleure que les solutions de rechange.

Il a été suggéré par différents organismes de réforme du droit que le divorce, d'une façon ou d'une autre, devrait affecter un testament. Parmi les suggestions se trouvaient la révocation du testament, la révocation des donations au divorcé et la présomption de décès du divorcé; le reste du testament restait intact.

À première vue, ces suggestions semblent intéressantes. Elles semblent être en accord avec le bon sens voulant qu'une personne qui laisse des biens à son conjoint par testament, voudrait probablement changer de bénéficiaire en cas de divorce. Le problème pourtant, consiste à déterminer quel changement le testament aura à subir. Tout changement modifie vraisemblablement les effets du testament, surtout un changement aussi important que celui portant sur les donations au conjoint. Plus incertaine encore est l'exclusion complète du conjoint du testament, laquelle tend à résulter des propositions que d'autres organismes ont fait. Même si l'on admet que le conjoint qui divorce pourrait vouloir laisser moins à son ex-conjoint, il n'est pas évident que la loi doive imposer à celui-ci une complète déchéance, surtout parce que le testateur, quelle que soit la raison, n'a pas choisi de le faire.

Dès lors, notre conclusion provisoire est qu'il incombe au testateur et non pas à la loi, d'indiquer ce qui arrivera au testament en cas de divorce. Après tout, le divorce est une procédure qui mettra les intéressés en contact avec des avocats. Il s'ensuit que l'avocat devrait conseiller le testateur sur les besoins de réviser son testament afin d'empêcher son ex-conjoint de recevoir des choses que le testateur ne voudrait plus léguer. Il semble inopportun de créer une nouvelle règle statutaire fondée sur

une intention présumée des testateurs d'exclure leur ex-conjoint lorsqu'en fait, ils seront bien placés pour déclarer eux-mêmes leurs volontés subsidiairement à la procédure du divorce.

Il est sans doute vrai qu'au cours du divorce, les gens peuvent recevoir des conseils pour changer leurs testaments, peuvent avoir l'intention de le faire, mais pour quelque raison, n'y arrivent pas. En tout cas, tout cela ne semble fournir qu'un piètre motif à la loi pour intervenir dans le but de changer un testament, alors que le testateur lui-même s'est abstenu de le faire. Car d'autres testaments ne sont pas révoqués à l'appui de la preuve qu'un testateur avait l'intention de les changer puis ne l'a pas fait. De plus, le fait qu'un testateur pourrait avoir eu l'intention de changer un testament ne signifie pas que c'est juste ce changement particulier qui a été fait. Imposer un changement déterminé d'avance par la loi est une mesure sévère, surtout si le résultat est d'exclure complètement le conjoint. Cela produit les mêmes effets que l'exclusion du conjoint séparé en cas d'intestat: cela signifie que la part du conjoint passe à quelqu'un d'autre. Pour créer ce résultat, en l'absence de toute connaissance préalable sur la destination de la part en cause, cela entraîne la loi à disposer que, peu importe sa destination, il sera préférable dans la plupart des cas que n'importe qui plutôt que l'ex-conjoint,

reçoive cette part. Une telle conclusion semble difficile à atteindre.

Dès lors, notre position actuelle est que les gens qui divorcent, mais qui ne révoquent pas leurs testaments existants, devraient être traités de la même manière que ceux dont on pourrait s'attendre qu'ils changent leurs testaments mais qui ne font rien. Dans les deux cas, la loi n'aurait pas à intervenir. Peut-être que les gens ont voulu changer leur testament, peut-être que non. Peut-être qu'ils ont changé d'avis. Il n'existe aucune raison pour que la loi préfère l'une de ces conclusions aux autres.

Toutefois, si la loi reste inchangée, certaines mesures devraient être prises pour assurer que les divorcés sont conscients du besoin de penser à changer leurs testaments (bien que les testaments ne constituent que l'une des choses à changer--par exemple, les divorcés peuvent aussi avoir besoin de changer les bénéficiaires dans leurs polices d'assurance-vie). Toutefois, dès que des mesures pratiques ont été prises pour assurer que les gens savent ce qu'ils ont à faire pour protéger leurs intérêts, le nécessaire a été fait. La loi ne devrait pas être trop prompte à intervenir et à effacer les conséquences de ce qui, pour tout ce qu'on sait, aurait pu très bien constituer une inaction volontaire.

Loi sur les présomptions de survie

La nouvelle loi proposée reflète un consensus croissant que l'actuel principe sur lequel se fonde la Loi sur les présomptions de survie--à savoir, en cas de décès simultané de deux personnes, la plus âgée est réputée être décédée la première--n'est pas adéquat. Par conséquent, elle adopte comme principe de base l'idée que chaque personne est réputée avoir survécu à l'autre. Cela signifie essentiellement que les biens de l'une seront identifiés séparément de ceux de l'autre et passeront à quiconque les recevrait par testament ou ab intestat si l'autre codéfunt était décédé le premier. La plupart des dispositions du projet de loi sont des dispositions de l'actuelle Loi sur les présomptions de survie réécrites à la lumière du principe de base modifié de la Loi. Deux articles pourtant, sont nouveaux.

Le premier est l'article 4 en vertu duquel les "biens matrimoniaux" de deux codéfunts qui sont mariés seront répartis également entre leurs successions respectives. Cette disposition touchera les cas où les bénéficiaires respectifs des deux codéfunts sont distincts, l'exemple le plus simple étant le cas d'un couple sans enfant qui décède intestat. Sans l'article 4, il résulterait de la nouvelle loi que la succession de chaque conjoint serait déterminée conformément au droit général des biens et passerait

séparément, chacune de son côté, à l'une ou à l'autre famille des conjoints. Avec l'article 4, le principe général de l'égalité dans la Loi sur les biens matrimoniaux l'emporte sur les droits en common law et répartit les "biens matrimoniaux" entre les deux familles.

À la lumière de l'article 5 de la Loi sur les biens matrimoniaux qui empêche la succession d'un défunt d'introduire une demande de répartition des biens matrimoniaux, il peut sembler étrange d'envisager un partage égal des biens matrimoniaux en vertu de cette loi quand les deux conjoints sont décédés. Pourtant, le cas où il y a un survivant est différent du cas où il n'y en a pas. Dans le premier cas, une demande par la succession priverait le conjoint survivant des biens qui a) lui appartenaient selon la common law et b) en tant que biens matrimoniaux, étaient des biens sur lesquels le droit spécial des conjoints avait été expressément déclaré par la loi. Dans ces circonstances, permettre la revendication par une succession équivaudrait à préférer la revendication des bénéficiaires à celle du conjoint, malgré le droit spécial de celui-ci sur les biens en vertu de la common law et de la Loi sur les biens matrimoniaux. Dans le dernier cas toutefois, lorsqu'aucun des conjoints ne survit, le problème est simplement entre deux groupes de bénéficiaires. Par conséquent, il n'y a plus la même opposition au partage des biens qui, selon la Loi sur les biens matrimoniaux, proviennent des différentes contributions des

deux partenaires au mariage. Le problème se résume alors à deux questions: premièrement, si le principe de la contribution conjointe aux biens matrimoniaux devrait être reconnu par la présente législation quand les deux conjoints décèdent simultanément; deuxièmement, s'il devrait y avoir des raisons pratiques--par exemple, pour ne pas rendre l'administration de la succession trop compliquée--qui l'emportent sur cette question de principe. Par l'inclusion de l'article 4, le projet de loi invite les discussions sur ces deux problèmes.

Le deuxième nouveau trait du projet de loi se trouve dans le paragraphe 6(2) qui propose de traiter les gens décédés dans les dix jours l'un de l'autre comme s'ils étaient décédés simultanément, sous réserve d'une petite exception au paragraphe 6(3). Le but de cette disposition est de reconnaître que dans certains cas, bien qu'il soit clair qu'une personne était décédée avant une autre, leur décès restaient si proches l'un de l'autre--peut-être à quelques minutes près--qu'il est stupide de faire passer les biens du premier défunt à l'autre, et ensuite aux héritiers du dernier. Le but de la règle de survie de dix jours que propose le paragraphe 6(2), est d'assurer que celui qui décède le deuxième, s'il va hériter, survit vraiment au premier défunt. Dans la pratique, insérer une clause similaire dans les testaments est une chose courante, mais dans ce cas, la période habituelle est apparemment trente jours.

Naturellement, ces laps de temps sont arbitraires et ne sont que des tentatives rudimentaires et pragmatiques pour atteindre leur objectif. Les dates limites ne conviennent pas idéalement au but visé, mais les méthodes de rechange sont difficiles à trouver.

Le paragraphe 6(3) prévoit une petite exception à la règle de dix jours. Ce qu'il envisage c'est que, même pendant ces dix jours, la personne qui a survécu à l'autre peut avoir la capacité physique et mentale pour s'occuper des biens qu'elle a reçus du défunt et en fait, peut le faire. Supposons que dans un accident par exemple, l'une était décédée et l'autre gravement blessée, mais celle-ci, sept jours après le décès de la première, fait un testament qui dispose parmi d'autres choses, des biens venant de la première. L'intention du paragraphe 6(3) est de donner effet à ce testament, ou aux donations ou autres transactions conclues par le deuxième défunt pendant la période de dix jours. En effet, il n'existe aucun motif valable pour ne pas donner effet à la transaction. Le premier défunt, en laissant les biens au deuxième, lui avait donné le pouvoir d'en diposer à sa guise. Le deuxième, dans la situation qu'envisage le paragraphe 6(3), l'a fait, et le fait qu'il décède plus tôt qu'on ne s'y attend, n'est pas un motif pour annuler ce qui a été fait. Dans de tels cas, la règle de dix jours ne sert à rien. Son objectif est d'empêcher le transfert des biens, par l'application de la loi et sans aucune intervention

humaine, du premier défunt aux bénéficiaires du deuxième défunt. Toutefois, lorsque le deuxième défunt a décidé expressément le sort de ces biens, il n'y a plus aucune raison pour écarter l'intention du premier défunt dans son testament puisque celui-ci, en laissant les biens au deuxième défunt, lui a donné le pouvoir d'en disposer à sa guise.

Naturellement, comme la règle de dix jours elle-même, l'exception prévue au paragraphe 6(3) est rudimentaire et pragmatique. L'idéal serait d'avoir une disposition établissant un test basé sur les faits pour savoir si une personne avait vraiment survécu à une autre. De cette façon, lorsque le survivant décédait à son tour, on pourrait déterminer si les héritiers du premier défunt ou ceux du survivant étaient les personnes indiquées pour avoir les biens du premier défunt. Toutefois, il est extrêmement difficile de trouver un test basé sur les faits réalisable pour atteindre ce but. Ce qui explique l'existence des méthodes rudimentaires et pragmatiques a) d'une période de survie basée sur le temps et b) d'une exception restreinte aux actes perceptibles qui indiquent une connaissance des conséquences du décès du premier défunt, ainsi qu'une tentative de faire quelque chose à leur sujet. La question soulevée ici est une question familière: il s'agit de choisir le moindre des deux maux. D'un côté, c'est la règle rudimentaire et pragmatique de dix jours, avec exception (ou

peut-être sans exception). D'un autre côté, c'est le fait qu'en l'absence d'une telle règle, les biens peuvent passer d'un défunt à un autre qui lui survit à peine quelques heures, pour passer enfin aux héritiers du dernier. Le projet de loi offre des solutions de rechange pour examen.